

TITRE SECOND. UN CHAMP D'ACTION LIMITÉ

La clause de la nation la plus favorisée est une clause de non-discrimination absolue car elle exclut toute inégalité de traitement fondée sur la nationalité en n'admettant aucune justification à la différence de traitement. L'égalité de traitement ainsi permise n'existe toutefois qu'à l'intérieur d'un champ d'action limité : des exceptions réduisent le champ de la clause et permettent le maintien de discriminations¹.

Deux problèmes d'actualité relatifs à la définition de ce champ d'action méritent une attention particulière : il s'agit de celui posé par les accords commerciaux régionaux (chapitre premier) et de celui posé par les accords de promotion et de protection des investissements (chapitre second). Avant de les étudier, il est utile de recenser les principales exceptions aux clauses de la nation la plus favorisée : leur ampleur a souvent été dénoncée alors qu'elles n'ont pas toujours l'étendue qu'on leur prête (section préliminaire).

SECTION PRÉLIMINAIRE. ETENDUE DES EXCEPTIONS AUX CLAUSES DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

Les exceptions aux clauses de la nation la plus favorisée sont nombreuses et elles font l'objet de débats depuis longtemps². Les débats portent d'une part sur leur nature, conventionnelle ou coutumière, et d'autre part sur leur teneur. Le débat relatif à la nature coutumière des exceptions n'est toujours pas tranché (§1).

¹ Il est en effet parfois nécessaire de différencier les traitements. Selon Henrik Horn et Petros C. Mavroidis : « *[t]he positive view of MFN often seems based on the presumption that discrimination is inherently undesirable from an economic point of view. However, a general theoretical prima facie case for MFN is not easily advanced, for several reasons. First, and contrary to common perception, discrimination is not necessarily undesirable* » (*Economic and legal aspects of the most favoured nation clause*, Discussion paper series n°2859, London: Centre for Economic Policy Research, 2001, 45 p., spéc. p. 1).

² Elles ont par exemple été la cause de l'échec du projet d'articles rédigé par la Commission du droit international. Les points de discorde ont été l'insuffisance des dispositions relatives aux préférences accordées aux pays en développement et l'absence d'exception en faveur des unions douanières et zones de libre-échange (voy. DAUCHY (Jacqueline), « Travaux de la Commission juridique de l'Assemblée générale des Nations Unies », *AFDI*, 1983, p. 480-482, *ibid.* 1985, p. 583-584). Voy. en outre *supra* p. 18 et s.

Celui relatif à sa teneur ne l'est pas davantage : les exceptions conventionnelles sont assez nombreuses (§2) et elles semblent encore insuffisantes puisque l'octroi de dérogations est parfois nécessaire (§3).

§1. NATURE COUTUMIÈRE DES EXCEPTIONS

La qualification coutumière des exceptions à la clause de la nation la plus favorisée devrait avoir un enjeu pratique important. En l'absence d'exception dans le traité de base, seules les exceptions coutumières peuvent en effet faire obstacle à l'extension de préférences. Les auteurs ne s'accordent cependant pas sur l'existence d'exceptions coutumières. Le débat aurait pu être tranché dans les années 1970 au sein de la Commission du droit international (CDI) puisque cet organe de l'ONU est chargé de la codification du droit international coutumier. Les membres de la CDI ont néanmoins jugé que ce problème n'avait plus d'enjeu pratique (I). Depuis, l'évolution de la pratique ne permet toujours pas de trancher la question (II).

I. Etat de la question au moment des travaux de la CDI

La question se posait à l'égard des unions douanières et « associations analogues d'Etats »³, des préférences pour le développement et des avantages pour le trafic frontalier. S'agissant des unions douanières, certains auteurs annonçaient dès les années 1930 l'existence d'une exception coutumière⁴. Les travaux de la CDI ont toutefois montré que ces conclusions n'étaient pas, à cette époque, fondées⁵. D'autres études ont été menées au cours des décennies suivantes. Nombreux sont les auteurs qui ont à nouveau défendu la thèse de l'existence d'exceptions coutumières à la clause, en faveur des unions douanières notamment, mais aussi concernant d'autres types de préférences⁶. Endre Ustor, rapporteur spécial de la CDI, n'a pas été plus convaincu par ces travaux⁷. Aucune disposition relative aux regroupements économiques régionaux n'a été insérée dans le projet d'articles,

³ Le rapporteur spécial avait choisi d'étudier ensemble les problèmes posés par les unions douanières, les zones de libre-échange, les régimes transitoires vers ces regroupements ainsi que tout autre organisation qui repose sur une union douanière ou une zone de libre-échange (*Ann. CDI* 1975, vol. II, p. 9). La plupart des auteurs distinguent cependant ces différents cas.

⁴ Voy. NOLDE (Boris), « La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels », *RCADI* 1932, *op. cit.* §23, *Ann. IDI* 1934, vol. 38, p. 452-453, ainsi que les auteurs cités par ITO (N.), *op. cit.* p. 281-283. À la même époque, Ito et d'autres niaient néanmoins l'existence de toute exception non conventionnelle (*ibid.*).

⁵ *Ann. CDI* 1975, vol. II, p. 13-16.

⁶ KNAPP (Blaise), *Le système préférentiel et les Etats tiers*, 1959, *op. cit.* p. 311-333, SAUVIGNON (Edouard), *La clause de la nation la plus favorisée*, 1972, *op. cit.* p. 237-243, p. 283-318, PESCATORE (Pierre), *Ann. IDI* 1969, vol. I, p. 45, VIGNES (Daniel), *RCADI* 1970-II, *op. cit.* p. 265-285, ainsi que les auteurs cités in *Ann. CDI* 1975, vol. II, p. 16-20.

⁷ S'agissant des regroupements économiques régionaux, il remarque en particulier : « [a]ucun partisan de la dérogation implicite en faveur des unions douanières n'a jamais offert une solution satisfaisante au problème ardu soulevé par les traités qui stipulent explicitement une ou plusieurs exceptions à la clause sans mentionner les unions douanières ou les associations analogues. Comment la dérogation implicite en faveur de l'union douanière pourrait-elle surmonter l'obstacle formidable que représente le principe *inclusio unius, exclusio alterius* ? » (*Ann. CDI* 1975, vol. II, p. 19).